

Commentaires de la société TELE2 France SAS dans le cadre de la consultation publique concernant l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles

Dans le cadre de la transposition du nouveau « paquet télécom » en droit français, l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ci-après l'« ARCEP » ou l'« Autorité ») a publié, le 24 octobre 2005, son analyse du marché de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles, en soumettant ce document à consultation publique jusqu'au 2 décembre 2005.

La société Tele2 France SAS (ci-après « Tele2 ») tient, dans la continuité de sa réponse au questionnaire qualitatif « Services de communications mobiles SMS » (ci-après « le Questionnaire »), à apporter à l'Autorité les commentaires que ce document appelle de sa part. Dans un souci de clarté, Tele2 développera point par point ses commentaires, en suivant le plan du document soumis à consultation. Tele2 étant opérateur de téléphonie fixe mais également mobile (en sa qualité de MVNO) uniquement en métropole, ses observations se limiteront à l'analyse des marchés pour le seul territoire métropolitain.

De manière générale, Tele2 se félicite que l'Autorité décide d'introduire une régulation *ex-ante* sur le marché de gros de la terminaison d'appel SMS. On rappellera pour mémoire qu'il a fallu attendre, d'une part, que les associations de consommateurs déposent une plainte devant le Conseil de la Concurrence¹ et, d'autre part, que le Premier ministre lui-même appelle de ses vœux une baisse du prix unitaire des SMS² pour voir les opérateurs mobiles finalement diminuer leurs prix (parfaitement disproportionnés au regard des coûts afférents à ce service). Toutefois, les faibles baisses intervenues n'ont pas véritablement changé la situation. Nonobstant cette première intervention informelle des pouvoirs publics, les niveaux de tarifs des SMS semblent encore aujourd'hui figés ainsi que le confirment, d'ailleurs, les récentes procédures de règlement de différends portées par Bouygues Télécom devant l'ARCEP³. Ces prix élevés n'ont d'ailleurs rien de surprenant compte-tenu des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les opérateurs mobiles au cours des dernières années, et qui ont été très récemment (et lourdement) sanctionnées par le Conseil de la concurrence (décision n°05-D-65 en date du 30 novembre 2005).

En conséquence, la mise en place d'un encadrement *ex ante* est nécessaire pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché des services de communications mobiles SMS. Cette mesure devrait, en premier lieu, permettre une baisse substantielle du prix de la terminaison d'appel SMS sur le marché de gros. En deuxième lieu, le prix de la terminaison d'appel SMS constituant, ainsi que le relève d'ailleurs l'Autorité, le principal élément de coûts des SMS, cette mesure devrait également se traduire par une diminution du prix des SMS. En dernier lieu, cette baisse devrait normalement rejaillir au niveau du marché de détail et, partant, bénéficier au développement concurrentiel des marchés de la téléphonie mobile et aux consommateurs.

¹ Plainte déposée par l'UFC-Que Choisir.

² Cf. les déclarations de Monsieur Raffarin lors de ses vœux à la presse pour 2004.

³ Cf. Décisions de règlement de différend de l'ARCEP n°05-929 et n°05-930 en date du 8 novembre 2005.

Si les obligations prévues par l'Autorité dans le cadre de son document de consultation paraissent parfaitement fondées, Tele2 regrette néanmoins certaines des réserves formulées par l'ARCEP dans le cours de son exposé s'agissant, notamment, d'une stricte orientation vers les coûts du tarif de la terminaison d'appel SMS (cf. point 3.1). Par ailleurs, pour que la régulation *ex ante* envisagée par l'Autorité puisse conduire à une véritable dynamique concurrentielle sur le marché de la téléphonie mobile, il conviendra qu'elle bénéficie également aux opérateurs mobiles virtuels. A cet égard, certains aménagements pourraient, là encore, être souhaitables (cf. point 3.3).

1 DEFINITION DES MARCHES

L'ARCEP considère qu'il est nécessaire d'identifier, au plan matériel, un marché de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles.

A cet égard, si Tele2 a pu, par le passé, considérer qu'il était possible d'inclure les services de communication mobile SMS, du moins pour ce qui concerne les SMS interpersonnels, dans les marchés relatifs au trafic voix afin de ne pas laisser ce pan de l'activité des opérateurs mobiles non régulé, l'identification de marchés distincts soumis à une réglementation *ex ante* lui paraît également fondée et opportune.

Aussi, Tele2 ne peut qu'approuver la décision de l'ARCEP d'identifier un marché de gros de la terminaison d'appel SMS par réseau mobile. En effet, les trois exigences posées par le nouveau cadre réglementaire pour qu'un marché distinct de ceux identifiés dans la Recommandation de la Commission européenne⁴ (à savoir : l'existence de barrières à l'entrée, l'absence d'évolution du marché vers une situation de concurrence effective et l'inefficacité du droit de la concurrence pour résoudre les problèmes existants sur ce marché) sont, en l'espèce, effectivement remplies.

Par ailleurs, étant donné que la terminaison d'appel SMS vers le client d'un opérateur de réseau donné ne peut être fournie que par l'opérateur de réseau en question, et dans la mesure où la dimension géographique des marchés repose sur la couverture des réseaux concernés, il convient de retenir autant de marchés qu'il existe de réseaux mobiles en métropole.

2 PUISSANCE DE MARCHE

Sur la base de la délimitation de marché retenue par l'ARCEP, celle-ci estime que chaque opérateur de réseau exerce une influence significative sur le marché relatif à son réseau. Tele2 partage pleinement cette conclusion, la puissance de chacun des opérateurs étant établie tant par les critères quantitatifs que qualitatifs classiquement utilisés pour caractériser l'existence d'une position dominante.

Ainsi, sur le plan quantitatif, chacun des opérateurs bénéficie d'une position monopolistique sur le marché de gros de la terminaison d'appels SMS sur son propre réseau. Au niveau qualitatif, l'on constate que les autres acteurs susceptibles d'intervenir sur ce marché ne disposent d'aucun contre-pouvoir de négociation. Sur ce point, il convient de relever que cette assertion vaut également pour les opérateurs mobiles entre eux. Deux éléments le

⁴ Recommandation en date du 11 février 2003 et concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques.

démontrent plus particulièrement : d'une part, la charge de terminaison d'appel SMS est restée inchangée depuis 1999 et, d'autre part, pour obtenir une évolution de cette charge de terminaison d'appel, Bouygues Télécom n'a pu parvenir à un quelconque résultat dans le cadre de négociations commerciales et a, en conséquence, été obligée de saisir l'Autorité (cf. décisions de règlement de différends précitées).

L'influence significative de chaque opérateur mobile sur le marché de la terminaison d'appel SMS qui le concerne est donc incontestable.

3 OBLIGATIONS ENVISAGEES

L'Autorité envisage d'imposer sur chacun des trois marchés identifiés les obligations suivantes :

- Obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'interconnexion et d'accès à des fins de terminer du trafic SMS sur le réseau considéré ;
- Obligation de non-discrimination ;
- Obligation de transparence ;
- Obligation de contrôle tarifaire ;
- Obligations comptables.

Si Tele2 considère tout à fait adéquates et proportionnées les obligations ainsi envisagées, elle souhaite faire un certain nombre de remarques s'agissant de l'obligation de contrôle tarifaire. Celles-ci portent, d'une part, sur les réserves apportées par l'Autorité au principe d'orientation vers les coûts (cf. point 3.1) mais également sur le niveau maximum du prix de terminaison d'appel SMS (cf. point 3.2).

De plus, Tele2 souhaite appeler l'attention de l'Autorité sur les aménagements qu'il lui semble nécessaire d'apporter en parallèle sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appels afin d'assurer aux MVNO qu'ils bénéficieront effectivement des obligations adoptées par l'ARCEP dans le cadre de la présente analyse de marché (cf. point 3.3).

3.1 Orientation vers les coûts

L'ARCEP a décidé d'imposer une obligation d'orientation vers les coûts. Cette obligation, eu égard aux dysfonctionnements concurrentiels observés jusqu'alors et au caractère essentiel de la terminaison d'appels SMS dans la valorisation de ce service, est incontestablement nécessaire, justifiée et proportionnée.

Toutefois, l'Autorité prend soin de préciser que *"si le niveau de la TA SMS devait atteindre un niveau très bas, proche de la gratuité, il s'ensuivrait un risque élevé de spam, c'est-à-dire d'envoi de messages non sollicités. Des acteurs mal intentionnés pourraient en effet profiter d'un prix modique de SMS Push pour rentabiliser des campagnes de marketing direct au mépris du principe selon lequel un client ne peut recevoir de message de ce type sans en avoir donné l'autorisation expresse (opt-in). En particulier, il n'est pas certain que les agrégateurs de SMS soient en mesure d'opérer un contrôle a priori sur leurs partenaires ou clients de façon à prévenir ce type de pratiques"*.

Tele2 ne peut qu'exprimer sa surprise quant à cette prise de position. En effet, l'on voit mal pourquoi des questions exogènes à la problématique concurrentielle devraient entrer en ligne de compte pour la définition de la réglementation *ex ante*.

Cette affirmation est d'autant plus étonnante qu'il existe, ainsi que le relève d'ailleurs elle-même l'ARCEP, une législation spécifique visant à protéger les utilisateurs de tels agissements. L'on voit donc mal pourquoi le principe d'orientation vers les coûts ne devrait pas être strictement appliqué du seul fait de la crainte de la mise en œuvre de comportements prohibés par les dispositions du Code des Postes et des Communications Electroniques que l'ARCEP a la charge de faire respecter ! Signalons, en outre, que les opérateurs, ainsi que cela est d'ailleurs sur le point d'être fait dans le domaine de l'Internet (Association Signal Spam), sont tout à fait en mesure d'adopter des règles de fonctionnement pour prévenir de telles dérives. A cet égard, on relèvera que la Charte déontologique de l'association SMS+ prévoit un certain nombre de mesures en la matière, en imposant notamment aux éditeurs les obligations suivantes :

"L'Editeur de service s'engage à ne pas utiliser, dans son Service SMS+, le numéro de téléphone d'une personne privée sans son accord exprès.

L'Editeur de service s'engage à retirer immédiatement de son Service SMS+ le numéro de téléphone d'une personne dès lors que celle-ci s'est plainte que ledit numéro de téléphone était mentionné sur ledit Service SMS+ sans son accord.

L'Editeur de service s'engage à ne pas demander à l'Utilisateur d'envoyer par SMS-MO des informations qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du Service SMS+ ou n'ayant aucun lien direct avec ce dernier, notamment son numéro de téléphone, ni dans la cinématique du Service SMS+ ni dans sa communication.

En dehors de la fourniture du service, l'Editeur de service s'engage à ne pas demander à l'Utilisateur d'envoyer par SMS-MO son numéro de téléphone."

La thèse de l'Autorité paraît également critiquable au regard des principes mêmes du nouveau cadre réglementaire applicables, et plus particulièrement à l'article 8 de la directive "Cadre" qui dispose, en son deuxième paragraphe :

"Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment:

a) en veillant à ce que les utilisateurs, y compris les utilisateurs handicapés, retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité;

[...]"

Or, adopter la position de l'ARCEP conduirait à faire bénéficier les opérateurs mobiles d'une rente de situation induite et, parallèlement, à pénaliser le consommateur final, ce qui est tout à fait contraire aux principes précités. Fonder une absence d'orientation vers les coûts sur ces risques de spam constituerait, enfin, un détournement de procédure qui ferait encourir à la décision à venir un fort risque d'annulation.

Ainsi, du point de vue de Tele2, dès lors qu'une obligation d'orientation vers les coûts est imposée, celle-ci doit être strictement appliquée, quand bien même elle aboutirait à proposer un niveau de tarif de terminaison d'appel SMS extrêmement faible.

3.2 Niveau de tarif maximum de terminaison d'appel SMS

Pour la parfaite mise en œuvre de l'obligation d'orientation vers les coûts, l'Autorité a décidé d'imposer une obligation de séparation comptable et de comptabilisation des coûts. Elle a également adressé un questionnaire aux opérateurs mobiles concernés afin de déterminer le niveau de prix pertinent pour la terminaison d'appel SMS.

Toutefois, sans attendre le résultat de cette consultation, et avant de réviser, chaque année, le niveau de prix de la terminaison d'appel SMS grâce aux obligations comptables précitées, l'Autorité a prévu que celui-ci ne pouvait, en toute hypothèse être supérieur à 2,50 centimes d'euro.

Sur le plan de la méthode, Tele2 se réjouit que les remarques qu'elle avait pu faire dans le cadre de l'analyse du marché de gros de l'accès dégroupé à la boucle locale et à la sous-boucle locale, aient ici été entendues par l'ARCEP. En effet, celle-ci a, cette fois-ci, décidé, sans attendre les résultats d'une consultation ultérieure, de fixer, à titre provisoire, un niveau de prix maximum pour la terminaison d'appel SMS (Tele2 ne pouvant à cet égard que déplorer que tel n'ait pas été le cas pour la tarification mensuelle des prestations de dégroupage total). Grâce à cette mesure, les nouvelles obligations seront applicables sans attendre une prise de décision ultérieure, ce qui est l'intérêt même de la régulation. En effet, tout retard dans la mise en œuvre effective des remèdes est toujours préjudiciable car, d'une part, il conduit à restreindre le champ temporel d'application de la régulation *ex ante* (normalement applicable pour une durée de trois ans) et, d'autre part, il empêche le développement concurrentiel du marché, le statu quo bénéficiant à (ou aux) l'opérateur dominant.

Pour ce qui concerne le niveau maximal de prix retenu, Tele2 considère que l'Autorité aurait pu fixer un niveau plus faible. Sur ce point, Tele2 rappellera que, sur la base des estimations qu'elle a pu être amenée à réaliser pour son propre compte, le coût d'un SMS est de l'ordre de 0,13 centimes d'euro (sur ce point Tele2 renvoie pour plus de détail à sa réponse au Questionnaire, points 3.5.1.1 et 3.5.1.2).

D'autres éléments corroborent l'analyse selon laquelle le niveau de 2,5 centimes d'euro est trop élevé au regard des coûts réellement encourus par les opérateurs mobiles. Ainsi, Tele2, en tant que "full MVNO", achète, dans un pays du Nord de l'Europe, la terminaison à un prix inférieur à 2 centimes d'euro, prix négocié commercialement avec l'opérateur hôte et donc non régulés ni orientés vers les coûts.

Enfin, l'UFC que Choisir, dans le cadre de sa saisine du Conseil de la Concurrence concernant le prix des SMS, a calculé que le coût de fabrication d'un SMS se situait aux alentours de 1,7 centimes d'euro. Selon toute vraisemblance, ce coût est encore moindre aujourd'hui puisque cette estimation remonte à 2003. Or, depuis cette date, les coûts des services mobiles ont largement diminués (économies d'échelle liées à l'augmentation des volumes de SMS échangés notamment).

Observons également que, pour chacune de ces estimations, il s'agit d'une évaluation du coût complet du SMS et non du coût de la seule terminaison d'appel. Certes, celle-ci constitue le principal élément de coût mais elle n'est pas le seul élément à prendre en compte. Aussi, les chiffres précédemment mentionnés constituent des plafonds maximum. Or, tous ces chiffres sont largement inférieurs au niveau arrêté par l'ARCEP. Pour Tele2, il serait donc justifié, étant donné ces différents éléments, de fixer le niveau maximal de prix de la terminaison d'appel SMS à 2 [deux] centimes d'euro.

3.3 Nécessité de faire bénéficier les MVNO de la baisse du prix de la TA SMS

Si l'orientation vers les coûts du prix de la terminaison d'appel SMS constitue indéniablement une avancée pour le développement concurrentiel du marché de la téléphonie mobile, il n'est pas certain que ce remède bénéficie dans la même proportion à tous les acteurs du marché. A cet égard, le cas des MVNO semble devoir être envisagé de manière spécifique.

Rappelons que les MVNO actuellement présents sur le marché français sont construits sur le modèle ESP. Dans le cadre de ce modèle, les prix auxquels ils achètent en gros les différentes prestations mobiles à leur opérateur hôte sont déterminés sur la base d'une méthode *retail minus* (avec une indexation sur les tarifs de détail, dont l'application est, en outre, décalée dans le temps de plusieurs mois). Ainsi, le prix de gros du SMS acheté par les MVNO n'est pas directement indexé sur le prix de la terminaison d'appel SMS et, partant, il n'est pas certain que la baisse de terminaison d'appel SMS envisagée par l'Autorité dans le cadre de la présente analyse de marché sera strictement répercutée aux MVNO. En outre, étant donné l'indexation sur les tarifs de détail, il en résultera nécessairement un décalage d'application qui préjudiciera aux MVNO, pourtant déjà fragiles (les chiffres globaux récemment publiés par l'ARCEP concernant l'activité des MVNO démontrant, pour l'heure, leur impact plus que minime sur le marché de détail).

Face à ce risque, il pourrait être judicieux que l'Autorité impose aux opérateurs hôtes de répercuter strictement et immédiatement toute baisse des tarifs de terminaison d'appel sur leurs tarifs de gros des SMS.